

ESTABILIDADE JURÍDICA E MUDANÇA SOCIAL: APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO PENAL COLETIVO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA DE RISCO

LEGAL STABILITY AND SOCIAL CHANGE: NOTES ON THE COLLECTIVE CRIMINAL PROCEDURE OF THE CONTEMPORARY RISK SOCIETY

Karlos Alves Barbosa¹
Ricardo dos Reis Silveira²

RESUMO

A sociedade contemporânea é marcada por uma série de processos de transformação que rompem com a forma representamos a tutela jurídico. Em matéria penal e processual penal esse processo está diretamente ligado aos bens jurídicos difusos e coletivos. A existência desses bens se converteu em objeto de grande debate em matéria penal, contudo no direito processual penal a doutrina mostra-se muito tímida em buscar um caminho em direção ao Processo Penal Coletivo. O presente trabalho versa sobre essa apontamos que serão feitos sobre a necessidade de estabelecermos as bases de um Direito Processual Penal Coletivo.

Palavras-chave: Direito Processo Penal; sociedade contemporânea; Processo Coletivo; Bens jurídicos difusos e coletivos.

ABSTRACT

Contemporary society is marked by a series of transformation processes that break with the way we represent legal guardianship. In criminal and criminal procedural matters, this process is directly linked to diffuse and collective legal assets. The existence of these assets has become an object of great debate in criminal matters, however in criminal procedural law the doctrine is very timid in seeking a path towards the Collective Criminal Procedure. The present work deals with this we point out that will be done on the need to establish the bases of a Collective Criminal Procedural Law.

Keywords: Criminal Procedure Law; contemporary society; Collective Process; Diffuse and collective legal assets.

¹ Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp. Email: karlosalves@gmail.com

² Docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. rsilveira@unaerp.br

INTRODUÇÃO

Existem grandes transformações sociais que foram vivenciadas nos últimos anos que influenciaram a nossa forma de compreensão dos institutos jurídicos. O Direito Penal e o Direito Processual Penal estão inseridos em uma série de mudanças que mostram a necessidade de adequarmos o nosso ordenamento jurídico às novas realidades que vivenciamos.

A existência de bens jurídicos difusos e coletivos tutelados pelo direito penal se converteu em uma realidade nos últimos anos. Há na doutrina majoritária a consolidação da tutela supraindividual em matéria penal, especialmente, no que diz respeito aos direitos relativos ao meio ambiente, as relações consumeristas, a tutela do direito econômico etc.

O caminhar do direito penal em direção a regulamentação dessas disposições não representou uma consequente evolução das disposições processuais penais em conformidade com o que foi vivenciado no direito material. Em matéria de Direito Processual Penal encontramos muitas dificuldades.

As dificuldades do Processo Penal estão ligadas aos problemas estruturais do processo penal, já que ele ainda carece de um desenvolvimento epistemológico que seja capaz de adequá-lo aos novos tempos de vivenciamos. Desde a sua concepção originária, claramente influenciada por um modelo autoritário, até a sua modificação por uma série de reformas com o objetivo de adequá-lo ao sistema processual constitucional, não há na codificação vigente nenhuma “linha” que nos remeta a tutela de bens jurídicos difusos e coletivos. Há, portanto, um campo para o desenvolvimento de um pensamento que coloque o Processo Penal e uma nova perspectiva, mais adequada a realidade que vivemos.

1. A MUDANÇA ESTRUTURAL DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E SUAS INFLUÊNCIAS SOBRE A TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL COLETIVA

Estamos imersos em grandes processos de transformação sociais. Processos que mudam a forma com que interagimos e estabelecemos a ordenação da vida e dos padrões de comportamento. De fato, o que pode parecer uma afirmação simples está inserida em um processo complexo em que a velocidade e o fluxo de informações transformaram-se radicalmente.

Hoje vivemos a era dos algoritmos e das redes sociais, em que qualquer pessoa está a um “click” de qualquer parte do mundo. Esse novo modelo de interação torna obsoleto a ideia

de modernização tradicional, em que a exploração de recursos naturais, de forma direta, nos permite o desenvolvimento das forças produtivas a partir de uma certa controlabilidade. Passamos a vivenciar a era de radicalização desse modelo por meio de um processo de modernização pós industrial, em que as forças produtivas rompem com a lógica tradicional e assumem novos padrões coletivos de vida, progresso e riscos³.

Os novos padrões coletivos de vida, progresso e riscos são derivados de decisões humanas e estão ligadas as consequências que podem ou não ser conhecidas pela sociedade. Trata-se de um fenômeno estrutural da nossa sociedade que escapa do controle das instituições sociais⁴.

Para Yuval Noah Harari, nós vivemos a era do fim do *homo sapiens*! O autor de “Sapiens: Uma breve história da humanidade” aponta que nós, os *sapiens*, estivemos sujeitos às mesmas forças físicas, químicas e aos mesmos processos de seleção natural que governam todos os seres vivos desse planeta. No entanto, no início do século XXI, com a consolidação da sociedade global de risco, o *homo sapiens* se liberta desses limites. Ele passa a violar as leis de seleção natural e do determinismo biológico em nome do *design* inteligente de suas criações. E isso representa o que? Durante 4 bilhões de anos, cada organismo do planeta evoluiu submetido à seleção natural. Ou seja, tudo o que foi criado não foi por nossa opção, já que não éramos uma inteligência capaz de criar coisas.

O primeiro passo em direção à mudança se deu com a revolução agrícola, há 10 mil anos. O homem começa a intervir no processo de construção do *design* inteligente dos animais que nos cercam através do cruzamento seletivo e da aceleração do processo de seleção natural. Esse fator encontrava limitação na impossibilidade de se introduzir novas características que estavam ausentes do código genético dos animais selvagens.

Na sociedade contemporânea a seleção natural, que se desenvolveu em 4 bilhões de anos, está enfrentando o seu maior desafio. Os cientistas acabam criando seres vivos com características genéticas completamente diversas do que a natureza jamais produziu. Eduardo Kac, um biólogo brasileiro, citado por Harari, criou em 2000 uma coelha verde fluorescente. O animal foi criado a partir da implantação do DNA tirado de uma água-viva verde fluorescente⁵.

³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 1999. p. 3-5.

⁴ LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 123-125.

⁵ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018. p.529-530.

Vivenciamos também a consolidação do espaço virtual como fronteira de um metaverso, como ele tem sido chamado, algo que representa os surgimentos de novos contornos e possibilidades para a sociedade contemporânea, e que podem mudar a forma com que a vida será dimensionada, agora na sua perspectiva virtual. Desde já reforçamos que, se no passado tivemos grandes expedições em busca de tesouros naturais a serem explorados, a vida em termos virtuais, nos abrirá uma nova dimensão por meio do rompimento de barreiras físicas que nos separam de pessoas e coisas.

Esse processo de diferenciação modifica a forma com que percebemos as estruturas temporais na sociedade. Os eventos, objetos e circunstâncias do mundo social são dinâmicas e a percepção é que estamos vivendo o momento em que os processos sistêmicos da sociedade contemporânea teriam se tornado rápidos demais para os indivíduos que nela vivem. Assim, estamos diante de um processo de dessincronização da sociedade. A economia, a ciência e o desenvolvimento tecnológico se tornaram rápidos demais para conseguirmos efetuar controle político e jurídico eficaz das transformações sociais⁶.

Nesse contexto, a dessincronização produz uma série de consequências estruturais e culturais que estabelecem diferenças em relação à organização social.

Esses fenômenos dão uma nova dimensão à sociedade contemporânea e abre espaço para novas formas de regulamentação da vida social. Mais do que buscar novas formas de regulamentação, estamos diante de um fenômeno que “liquefaz” as estruturas dos elementos socioestatais centrais, rompendo-se as fronteiras institucionais entre as esferas funcionais da política, da economia, da ciência etc. Existe o que se chama de o fim da modernidade, já que o projeto de modernidade pautado na razão, no sujeito, na política e quase tudo aquilo que buscou na modernidade legitimação encontra-se transformado em todas as suas perspectivas. Há uma percepção de uma “quebra” no desenvolvimento da sociedade, na transição para o Século XXI, que se caracteriza como um movimento para fora do enquadramento da sociedade moderna⁷.

Todo esse quadro é determinante para compreendermos que o Estado tem cada vez menos capacidade de prometer a seus súditos a segurança existencial capaz de livrá-los do medo inerente às relações sociais contemporâneas. A tarefa de garantir a segurança existencial para

⁶ ROSA, Harmut. *Aceleração. A transformação das estruturas temporais na modernidade*. Trad. Rafael H. Silveira. São Paulo: Unesp, 2019. p. 40-41.

⁷ ROSA, Hartmut. *Aceleração: a transformação das estruturas temporais na modernidade*. Trad. Rafael H. Silveira. São Paulo: Editora Unesp, 2019. p. 425-428.

evitar a ameaça de exclusão é deixada por conta de cada um dos indivíduos, algo que acaba estabelecendo uma angustiante incerteza sobre a realidade. O medo posiciona-se como um dos grandes fatores existenciais na sociedade contemporânea, já que a ameaça de ser excluído, de ser considerado inadequado diante de novos desafios, torna-se presente diante em nossas relações sociais. Os políticos e os mercados de consumo são hábitos para tirar proveito dos medos difusos que saturam a sociedade atual. Todos os dias o mercado anuncia remédios garantidos contra o abominável sentimento de incerteza e as ameaças indefinidas que vivenciamos. Os políticos populistas assumem a tarefa de nos trazer segurança através de sua atividade criativa, especialmente, com a utilização de normas formas de penalização que se revelam, em grande parte, na utilização do Direito Penal como um instrumento a ser tomada no lugar da implementação das políticas públicas.

Quando projetado sobre o sistema jurídico, esses fenômenos, acabam rompendo com a lógica de que o Direito é pautado em normas ético-jurídico absolutas, deduzidas por meio de um racionalismo que busca na natureza predeterminada e imutável do homem o seu fundamento, e que via no sistema jurídico algo hermético⁸. Ou seja, o que vivenciamos é um processo de mudança paradigmática pautada na aproximação entre o Direito e a Filosofia em nome a superação das insuficiências e limitações do juspositivismo formalista tradicional.

A nova fase pós-positivista dá ênfase a atividade criativa que o aplicador legitimado a interpretar a norma faz no caso concreto. Assim, o que se busca é redimensionar a ordem jurídica a partir da concepção pautada em ideias de justiça e legitimidade que buscam nos princípios da ordem jurídica a expressão de seus valores. Trata-se de que Luís Roberto Barroso afirma ser uma mudança de concepção do sistema jurídico de fechado e autossuficiente para aberto e composto por valores. Em suma, o que vivenciamos é uma ruptura paradigmática que influencia a forma com que compreendemos, interpretamos e aplicamos o direito.

Herbert Lionel Adolphus Hart afirma que quando um grupo social se dispõe a praticar determinadas condutas, ele está, na verdade, dando azo a muitos tipos de afirmações, em que é possível distinguirmos as normas como meros observadores, como membros do grupo que aceita e utiliza suas orientações ou como aqueles que aceitam e se valem dessas orientações de condutas. Em matéria penal, por se traduzir na determinação, proibição ou imposição de

⁸ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

determinados comportamentos sob pena de punição, o que temos é, dentre todas as formas do direito aquele que representa uma maior escala de coercibilidade dada ao legislador para tratar de determinados temas⁹.

A questão envolvendo o Direito Penal supraindividual e o Direito Processual supraindividual está diretamente ligada a existência de novos contextos na sociedade contemporânea. A consagração de bens jurídicos coletivos no texto constitucional fez surgir a necessidade de dispormos sobre um direito material coletivo. Apesar de uma certa divergência doutrinária, surgem regras de direito penal no âmbito coletivo. Assim, surgem infrações penais nas relações consumeristas, em matéria ambiental, nas relações econômicas etc. todas essas regras trazem novos componentes a serem examinados em sede penal, mas não nos ocuparemos desses componentes já que a nossa preocupação está no Processo Penal. A nossa preocupação está centrada no Processo Penal porque, se o direito coletivo caminha no direito material, muito pouco se discute em termos de processo penal coletivo. A deficiência epistemológica do processo penal brasileiro é enorme. Há um significativo atraso no desenvolvimento dos seus institutos jurídicos que merece reflexão.

Nossa codificação ainda se mantém em uma base muito distante de tudo aquilo que afirmamos sobre a evolução da sociedade contemporânea. O Código de Processo Penal tem uma inspiração completamente anacrônica com o dinamismo das relações sociais de hoje, mantendo-se em uma concepção inquisitória, com “pitadas” de institutos jurídicos pautados em uma concepção acusatória, que foram costuradas em reformas pontuais para torná-los mais adequados ao modelo plasmado na Constituição de 1988. Isso fez do Código de Processo Penal uma codificação acusatória, nem o fez espelhar a sua ideia original. Ele apenas está aí! Ele existe, um corpo sem alma que ainda tem que conviver com as mudanças de interpretação das suas disposições ao bem prazer das conveniências políticas que contaminam ainda mais as suas disposições.

O fato de não existir nenhuma linha de direito processual coletivos entre seus artigos não nos deixa de fazer um alerta sobre a necessidade de uma nova concepção sobre a tutela penal e processual penal à de uma nova realidade por nós vivenciada e, em muitos momentos, referendada no texto constitucional.

⁹ HART, H. L. A. *Conceito de direito*. São paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 103-115.

2. A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONCEPÇÃO SOBRE TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL À LUZ DOS DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS

Um dos grandes desafios da sociedade contemporânea é saber que a representação do futuro, que nos dava orientações úteis voltadas para a tomada de decisões já não nos permite mais a confiança na normalidade que nos permitia identificar, com clareza, os processos distintivos ligados a racionalidade/irracionalidade, amigos/inimigos, igualdade/desigualdades como fatores distintivos e evolutivos ligados a sociedade. Houve a quebra da visão binária de que o positivo/negativo deve ser dado por uma racionalidade formalista e imutável¹⁰.

O esquema de autodescrição encontra-se fragmentado e o potencial descritivo dos sistemas encontra-se esgotado, pois não há como entender o mundo sob uma lógica binária. A confiança na determinabilidade cede espaço ao plural e ao indeterminado.

Esse fenômeno dentro do processo penal deve ser analisado com bastante cuidado. Primeiro, porque o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição. É como se ele fosse o uma espécie de “fiel da balança” entre o *jus puniendi* e o *Status libertatis*. Dentro dessa perspectiva, não existe uma “operação matemática” que nos permita criar fórmulas herméticas que nos permitam ter respostas prévias as mais diferentes questões, sem considerar que vivemos em uma sociedade plural. A dinâmica da vida social é muito mais rica que nossas teorias ou a nossa pretensão de estabelecermos uma visão totalizante do processo penal, como foi a codificação de 1941, fruto de uma visão de processual em que a técnica funciona a serviço de uma orientação política e ideológica nacionalista e de viés antidemocrático.

A partir de Constituição de 1988 fica mais evidente que a codificação se mostrava inadequada e obsoleta. As reformas processuais dos últimos anos não modificaram em nada esse quadro, ao contrário disso, acabaram por nos mostrar as fragilidades da codificação, tornando-o um verdadeiro emaranhado de normas desprovido de qualquer coerência. Há uma diminuição do seu nível de racionalidade que não se traduz na adoção do sistema acusatório e

¹⁰ DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Revista sequência. revista do curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun, 1994. p. 45-47.

que também não representa o sistema inquisitório, que marca a sua origem. Ou seja, o Código de Processo Penal perdeu a sua “essência” inquisitorial e não assumiu um viés acusatório¹¹.

Para a nossa infelicidade, quando pensávamos que, finalmente, o quadro seria modificado, com a introdução do art. 3º-A na codificação, ao preconizar textualmente quer o “processo penal terá estrutura acusatória” o Ministro Luiz Fux, revogando outra liminar, concedida pelo Ministro Dias Toffoli, suspendeu esse dispositivo até que o plenário discuta e decida sobre o tema. Essa decisão, que tinha o objetivo de analisar as questões relativas ao instituto jurídico do “juiz das garantias”, não precisaria suspender o dispositivo citado por uma questão simples: a sua importância transcende o juiz das garantias, a sua dimensão atinge a nossa forma de estruturar, compreender e aplicar o processo penal. Com efeito, não foi esse o caminho escolhido pelo Supremo Tribunal Federal e que nos resta é aguardar a decisão final!

Como as reformas foram pontuais e não estruturais, o Código de Processo Penal se mostra incapaz de lidar com temas contemporâneos, como, por exemplo, a produção probatória resultante da manipulação genética, as novas formas de se lidar e incorporar a tecnologia no processo, seja para tornar a tramitação processual mais célere, por meio da implementação da inteligência artificial como um dos mecanismos de que dispõe os juristas na persecução penal, ou até mesmo para desafogar o sistema carcerário por meio da utilização cada vez mais presente das chamadas tornozeleiras eletrônicas, dentro do que dispõe a Lei de Execução Penal. Paulatinamente, os recursos tecnológicos tem feito parte da realidade do processo penal, mas ainda há um descompasso enorme do processo penal com o momento que vivenciamos. Há uma “ideologização da teoria processual” que coloca em evidência a subjetividade que compõe o universo pessoal dos interpretes-aplicadores. Essa ideologização acaba por pender o “fiel da balança”, seja por dar espaço ao braço punitivista do Estado, seja por encarar o processo por uma perspectiva mais “garantista”.

Dentro desse contexto, deve-se buscar interpretações que são aptas a quebrar concepções polarizadas ou binárias do processo penal, isto é, quando aplicamos o processo penal devemos levar em conta uma série de significados válidos e compatíveis com a matriz

¹¹ ROSA, Alexandre de Moraes da; KHALED JÚNIOR, Salah H. *Neopenalismo e constrangimentos democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 21-22.

constitucional do processo e os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988¹².

Portanto, o processo penal é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais¹³.

J. Goldschmidt fazia um questionamento sobre a existência de um processo, e sobre a necessidade de um indivíduo provar seu direito por meio do processo. Qualquer resposta a esse questionamento está diretamente ligada a concepção de uma instrumentalidade constitucional do processo penal, isto é, a legitimidade do processo penal contemporâneo se dá a partir da sua constitucionalização e do seu compromisso dirigente e vinculativo com os direitos fundamentais como “norte” constitutivo de qualquer forma de interpretação e aplicação¹⁴.

Nesse ponto, devemos ter em mente que nem mesmo o conceito de bem jurídico está imune do processo de desenvolvimento e complexização das relações sociais que estamos vivenciados e que já foram destacadas nesse texto. Quer diz que, os bens jurídicos não estão imunes aos valores democráticos plasmados na Constituição e as transformações ocorridas na sociedade contemporânea, em especial, a coletivização do bem jurídico penal.

Gregório Assagra de Almeida destaca que o Direito Penal Coletivo exsurge como uma nova abordagem do Direito Penal, que atenta para os direitos e garantias fundamentais na sua dimensão coletiva, nos termos do Título II, Capítulo I da Constituição de 1988. Essa dimensão coletiva do Direito Penal precisa ser sistematizada para se tornar um mecanismo efetivo do Estado Democrático de Direito no caso de crimes que atingem a coletividade, como ocorre, por exemplo, com a sonegação fiscal e a poluição ambiental, dentre outros. Na verdade, precisamos de uma verdadeira “revolução copernicana” da estrutura legislativa infraconstitucional do Direito Penal do país. As penas previstas para os crimes de dimensão coletiva, geralmente, não são proporcionais à gravidade e aos resultados causados pelos delitos. Por exemplo, a pena abstrata para o crime de sonegação fiscal, que atinge difusamente a coletividade, é inferior à

¹² STRECK, Lenio Luis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 20.

¹³ LOPES Jr. Aury *Fundamentos do processo penal. introdução crítica*. 5 ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. p. 33.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 7-9.

pena do furto qualificado. O primeiro tem pena de detenção seis meses a dois anos e multa, ao passo que o segundo, tem pena de reclusão de dois a oito anos e multa¹⁵.

O que os tipos penais nos mostram? Que a racionalidade das leis penais está em crise, que a própria política criminal está em crise. Afirmamos ser uma crise devido ao descompasso da tutela penal dos bens penais supraindividuais com aquela voltada para os bens individuais. Em uma sociedade permeada de direitos supraindividuais, a preocupação do legislador está em construir um sistema pautado em tipos penais que tutelam bens jurídicos individuais que dão a conformação do que José Luis Díez Ripollés chama de modelo de direito penal pautado na segurança cidadã.

O Direito Penal de segurança cidadã está pautado nas seguintes premissas:

a. Protagonismo da delinquência clássica: vivemos um momento de revalorização dos delitos contra os interesses individuais, especialmente da vida e integridade, propriedade e liberdade.

De fato, nas últimas décadas havia uma perspectiva de avanço do Direito Penal sobre à criminalidade própria dos poderosos. Contudo, a judicialização de uma série de questões relacionadas as classes privilegiadas da nossa população acabam por nos revelar o quanto esse ramo do conhecimento jurídico é seletivo, na medida em que os tipos penais a ela relacionados acabam tendo dificuldades conceituais que tornam difícil a persecução penal dessa criminalidade¹⁶.

b. Prevalência do sentimento coletivo de insegurança cidadã: a consolidação da delinquência clássica no imaginário daqueles que trabalham com a tutela penal relega ao segundo plano a efetivação dessa tutela em relação aos direitos difusos e coletivos.

A atenção dedicada às “reformas penais” e os “pacotes anticrimes”, que não passam de jogo retórico voltado para incautos terem a “certeza” de que algo está sendo feito, reforçam a sensação de que as coisas estão piores no que diz respeito a prevenção da delinquência¹⁷. Assim, passamos a vivenciar uma situação de medo e preocupação com as questões relativas

¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: a superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 113.

¹⁶ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 22.

¹⁷ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 24.

ao Direito Penal que se entrelaça com a agenda social, relegando a um segundo plano questões coletivas, como ocorre, por exemplo, com a persecução penal voltada para o cometimento de crimes ambientais.

c. Substantividade dos interesses das vítimas: os interesses das vítimas têm ganhado uma nova dimensão. De fato, vivemos um momento de realce as medidas penais destinadas a satisfação dos interesses da vítima.

d. Populismo e politização: uma das grandes marcas do direito penal contemporâneo, em que as opiniões dos especialistas são desacreditadas, em nome da primazia da opinião pública e dos meios de comunicação¹⁸.

A primazia da opinião pública, derivada nos meios de comunicação em massa e das redes sociais, é que estabelecem o que deve ser tutelado em matéria penal. Ela, a opinião pública, é o grande marco regulatório da política criminal ao estabelecer a aceleração do tempo legiferante, e, em alguns casos, até mesmo a supressão dos debates em torno de determinadas questões. Todo esse contexto leva a um empobrecimento do debate e dos conteúdos relativos aos dispositivos que acabam sendo inseridos nas mais variadas codificações penais e processuais penais. O chamado “Pacote Anticrime” é um exemplo claro dessa tendência clara desse movimento, uma lei populista que “atira para todos os lados”, mas não acerta em nada! Quando acerta, o Supremo suspende a eficácia do dispositivo, como já foi dito antes.

e. Revalorização do componente afliitivo da pena: o populismo penal midiático tem reafirmado o sentimento de vingança da população em geral.

A ressocialização do delinquente perdeu apoio social e deixou de ser um destacado objetivo da execução penal. No atual estágio das coisas, em nome de uma suposta respeitabilidade social, a opinião pública clama por medidas que flexibilizem a execução penal e imponham um caráter mais afliitivo à pena¹⁹.

f. Redescobrimto da prisão: após um período em que longas condenações a privação de liberdades foram consideradas desumanas e buscou-se penas de natureza alternativa à prisão, voltamos a um momento de endurecimento da execução penal voltada para a segregação e aumentam o rigor da execução.

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

O estabelecimento do regime disciplinar diferenciado – RDD – no art. 52 da Lei de Execução Penal, através da Lei n. 10.792/2003, que alterou a Lei n. 7.210/1984.

g. Ausência do receio ante o poder sancionador estatal: o direito penal é construído sobre um equilíbrio entre a proteção jurídica de certos bens e a preocupação de intromissão excessiva dos poderes públicos sobre os direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Essa dupla orientação são a base da intervenção penal garantista.

Ocorre que, nos últimos anos abandonamos a cautela de atuação dos órgãos de persecução penal e passamos a conviver com mal uma demanda por segurança que ignora o equilíbrio que deve nortear esse ramo do ordenamento para se voltar ao uso do instrumental punitivo como *prima ratio* do sistema punitivo. A reforma dos artigos 155 e 180 do Código Penal com a inserção de formas mais gravosas para o abigeato são exemplos dessa tendência. Criminalizou-se uma conduta por pressão de um determinado setor da sociedade, e o que tivemos? Nada. Os cidadãos delinquentes não temem mais os poderes públicos no exercício das suas funções repressivas, na medida em que, não se sentem mais preocupados com eventuais excessos em relação ao instrumental punitivo²⁰.

h. Envolvimento da sociedade na luta contra a delinquência: tradicionalmente, a sociedade sempre esteve voltada para o desenvolvimento de atividades voltadas para a eliminação das desigualdades sociais que estavam ligadas a aspectos preventivos em relação a delinquência.

Ocorre que o papel ocupado pela sociedade acabou se transformando, já que ela deixa de atuar sob a perspectiva preventiva, mediante o fortalecimento dos vínculos sociais, para assumir uma postura ativa e centrada em seu desejo de eliminar a insegurança e o medo gerado pela delinquência. As atividades de colaboração com os órgãos de persecução penal, por meio de policiamento comunitário e a expansão dos meios de segurança privada são exemplos do envolvimento da sociedade na luta contra a delinquência.

i. Transformação do pensamento criminológico: a luta pela transformação do pensamento criminológico não representou uma transformação radical da estrutura do direito penal.

²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 34.

A criminalização de determinadas condutas não foi capaz de trazer ao direito penal uma nova compreensão sobre a constituição de medidas voltadas para a priorização de medidas voltadas para a máxima efetividade dos direitos e interesses coletivos. Se nós formos observar, as disposições citadas como premissas da justiça cidadã colocam no centro do debate questões ligadas a uma estrutura legislativa marcada pela perspectiva individualista e não coletiva. Se a definição de bem jurídico se dá em função de uma relatividade socio-jurídico-política, estamos em uma encruzilhada! A existência de bens jurídicos coletivos penalmente relevantes é uma realidade e acaba por determinar mudanças no sistema processual penal para que ele ofereça uma resposta adequada à sociedade. Daí a importância em se compreender que, por mais que existam diferenças estruturais entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal é imperioso compreendê-los sob uma perspectiva unificadora, já que o direito adjetivo, mesmo sendo autônomo em seu regime jurídico, deve se aproximar do direito material.

3. DA NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO

José Carlos Barbosa Moreira, entre 1977 e 1981, escreveu uma série de artigos que se tornaram a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo brasileiro²¹. A partir da doutrina italiana, ele estabeleceu os contornos relativos aos direitos coletivos e difusos, especificamente, aqueles que transcendem o vínculo entre os titulares, mas que se predem dados de fato ou grupos de pessoas. Naquele período, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior também começaram a manifestar uma certa preocupação com a tutela de bens jurídicos difusos e coletivos, atendendo para o fato de que a vida social teria avançado e o direito não teria acompanhado esse movimento.

Como adverte Edilson Vitorelli, hoje a tutela dos direitos de grupo é uma realidade consolidada, seja em termos doutrinários, acadêmicos, legislativos ou jurisprudenciais. A análise do direito comparado permite considerar o Brasil como detentor de um sistema pleno de tutela coletiva, e os processos coletivos são realidade corriqueira em todos os níveis do sistema Judiciário brasileiro²².

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110.

²² VITORELLI, Edilson. *O devido processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

Dentro de uma perspectiva constitucional Douglas Fisher afirma que temos uma Constituição pautada em uma concepção social e democrática de direito, em que a proteção dos direitos fundamentais não se resume a esfera individual, ou seja, a maximização das garantias fundamentais impõe ao hermenêuta buscar uma concepção de direito penal e processo penal que esteja de acordo com os critérios constitucionalmente estabelecidos. Dessa forma, qualquer interpretação que se dê do direito penal e do processo penal se faz à luz dos princípios e regras dos valores constitucionais. Diante de uma Constituição que estabelece a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos o que devemos fazer é estabelecer os contornos integrais do sistema garantista por ela estabelecido²³.

Isso se dá porque, a Constituição é a síntese de questões jurídicas e morais que permeiam o imaginário social, fazendo com que tenhamos uma resposta a problemas sociais complexos²⁴. Nesse contexto, pensar e desenvolver questões teóricas e práticas que envolvem o direito processual coletivo, certamente, não representa uma tarefa fácil, já que a construção de um Direito Processual Coletivo como garantia constitucional representa a superação equivocada de que as garantias constitucionais devem ser compreendidas apenas pelo viés individual. Nesse contexto, é preciso fazer uma ruptura com uma concepção “tradicional” em nome da adoção de uma nova forma de pensar o Direito Processual Penal. Por amor ao debate, esclarecemos que o termo ruptura deve ser entendido como um modo de superação ou referente a mutação de uma concepção de processo que não se coloca como um rompimento, mas como uma evolução de uma determinada realidade²⁵.

A partir da premissa de que a supremacia dos direitos e garantias constitucionais fundamentais representam o núcleo essencial do texto constitucional, o Direito Penal e o Direito Processual Penal são pensados à luz dos bens jurídicos penais fundamentais, que se bipartem em Direito Penal de Tutela Individual e Direito Penal de Tutela Coletiva. Assim, o Direito Processual Penal Coletivo deve ser compreendido como um instrumento de tutela dos bens jurídicos-penais coletivos fundamentais²⁶.

²³ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELLELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017. p. 67.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 285.

²⁵ JANEIRA, Ana Luísa. *Ruptura epistemológica, corte epistemológico e ciência*. p. 630.

²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: a superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 133.

A ciência do processo lhe permite uma completa autonomia em relação ao direito material, assumindo uma função instrumental sem que isso represente qualquer forma de descrédito aos seus institutos jurídicos. Há uma relação circular entre o direito penal e o processo penal, já que direito penal não pode prescindir do processo penal, e o processo penal tem um caráter instrumental em relação ao direito material. Portanto, a instrumentalidade é da essência do processo e o fundamento da sua existência, constituindo-se como verdadeiro instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos presentes no texto constitucional.

Como destaca Aury Lopes Júnior, o caráter especial do processo penal merece destaque, pois se trata de um instrumento de relacionado ao direito penal e a pena, constituindo-se como um instrumento à serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Ele está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional²⁷.

A partir dessa perspectiva urge uma mudança de paradigma dentro do nosso direito processual para torná-lo apto a fornecer uma tutela jurisdicional efetiva aos bens jurídicos fundamentais de natureza coletiva. Essa mudança paradigmática deve se dar, dentre outras, a partir das seguintes diretrizes:

a. A prevalência da atuação preventiva em detrimento de uma atuação pautada exclusivamente na repressão por parte dos órgãos de persecução penal: os danos de dimensões sociais, em grande medida, não podem ser objeto de reparação *in natura*. Dessa forma, é melhor adotar medidas jurídicas que evitem a prática de ilícitos penais;

b. Deve-se investir em novas tecnologias para fortalecer os meios de investigação criminal: trata-se de um importante elemento que compõe a relações sociais da sociedade contemporânea. O processo penal deve se abrir ao emprego da tecnologia como forma de maximizar a sua aplicação;

c. O investimento na melhor forma de estruturação do pessoal responsável pela persecução penal: a atuação dos órgãos de persecução penal deve se dar de forma organizada;

²⁷ LOPES Jr. Aury *Fundamentos do processo penal. introdução crítica*. 5 ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. p. 62.

d. Buscar uma ampla interação entre os órgãos de persecução penal na defesa da esfera coletivo, ou seja, uma atuação conjunta na esfera penal e não penal: a atuação dos órgãos de persecução penal deverá ocorrer de forma planejada, administrativa e funcionalmente, com objetivos e metas claras a serem alcançadas;

e. Considerando a complexidade das demandas envolvendo os direitos coletivos (leia-se: os bens jurídicos coletivos fundamentais) deve-se preconizar uma ampliação da causa de pedir e do pedido nas ações coletivas: a interpretação do pedido e da causa de pedir deve ser realizada de forma aberta e flexível de modo a permitir a tutela mais adequada dos interesses da coletividade²⁸;

f. Uma nova abordagem a cognição judicial, com a abertura do processo penal a uma perspectiva multidisciplinar: em virtude da complexidade social e aquela ligadas aos temas que versam sobre direitos difusos e coletivos, o que temos é a premissa de que qualquer exegese em termos de direitos difusos e coletivos deve ser feita dialogando com as disciplinas afins aos temas que são discutidos no processo penal;

g. A aplicação do sistema de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* no sistema processual penal coletivo: a reparação integral dos danos materiais, morais e sociais decorrentes das violações de direitos coletivos deve ser almejada sempre que estivermos diante de comportamentos que violem bens jurídicos dessa natureza. O ideal é a tutela preventiva, a inibição do ilícito, mas, caso ele ocorra, a reparação de ser integral;

h. Ampliação dos mecanismos de cooperação internos e internacionais: a tutela de bens jurídicos coletivos transcende os interesses de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, devendo-se buscar uma integração entre os mais variados órgãos e instituições que são vocacionados a tutela de tais direitos em nome da sua efetividade;

i. A incorporação dos princípios da máxima amplitude e da máxima utilidade da tutela jurisdicional penal coletiva: o estabelecimento de um diálogo

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: a superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 176.

das fontes entre o direito processual penal e os demais ramos do direito processual, em especial o microssistema de processo coletivo vigente em nosso país;

j. **A ampliação da participação social de instituições representativas no sentido do fortalecimento dos sistemas de persecução penal voltados à tutela dos bens jurídicos coletivos, sem perder de vista os direitos e garantias constitucionais fundamentais do investigado ou do acusado:** diz respeito a adoção de todas as medidas penais e extrapenais voltadas para a elucidação da infração penal, por intermédio de todos aqueles que participam do processo, para que se obtenha em prazo razoável a solução da demanda;

k. **Priorização de soluções negociadas do caso penal coletivo:** sempre que possível deve-se buscar a solução negociada no processo coletivo, ou seja, deve-se buscar a aplicação de institutos jurídicos que tem sua aplicação marcada pelo consenso estabelecido entre as partes²⁹.

O trabalho é árduo. Ele representa uma mudança de concepção que toma o Direito Processual Coletivo como uma garantia constitucional instrumentalizada a tutelar os bens jurídicos coletivos encartados no Texto Constitucional. Há, portanto, uma superação do Direito Processual Clássico, já que a sua matriz liberal-individualista não consegue mais resolver os problemas estruturais que vivenciamos na sociedade contemporânea.

Ora, a sociedade contemporânea assiste, em termos de tutela penal, a desmaterialização, ampliação e flexibilização dos princípios e garantias tradicionais em nome de uma nova realidade. Esse processo tem caminhado até, ou mais além do limite do aceitável. Problemas ambientais, tráfico internacional de drogas, economia, informática, comércio exterior, controle sobre armas bélicas, tudo reclama a necessidade de tomarmos providências em relação a novos e universais interesses³⁰.

No texto constitucional temos a previsão da proteção de bens jurídicos difusos. Sucintamente, o art. 225, §3º estabelece a responsabilização penal daqueles que praticam condutas lesivas ao meio ambiente; o art. 170 estabelece como princípio norteador da ordem econômica o atendimento aos ditames da justiça social; o art. 5º, prescreve no inciso XXXII

²⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: a superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 135-136.

³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.122.

que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Essas e outras previsões constitucionais que poderiam ser criadas não de servir para a confluência entre as normas substantivas e adjetivas, já que elas não podem seguir caminhos separados. Dessa forma, o legislador deve buscar elementos que sejam capazes de redimensionar os procedimentos penais coletivos em nome da tutela adequada dos bens penais coletivos previstos no texto constitucional como direitos fundamentais. Deve-se para tanto priorizar a visão social do direito processual penal, em detrimento da concepção clássica, pautada na ideia de segurança cidadã.

Ou seja, o que se procura estabelecer é a regulamentação e aplicação de institutos jurídicos vocacionados a tutela jurisdicional dos bens jurídicos coletivos, tendo como premissa básica a fundamentação constitucional de tais bens.

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea tem passado por transformações e isso tem impactado a forma com que tutelamos as novas demandas sociais. Em matéria penal isso representa a introdução de novos bens jurídicos passíveis de tutela penal. Assim, estamos diante de uma nova realidade que se incorporou à tutela penal, mas que em matéria processual penal ainda estamos iniciando uma discussão sobre a necessidade de um Direito Processual Penal Coletivo. A consolidação da ideia de direito processual penal coletivo esbarra nas dificuldades estruturais que enfrentamos na política criminal que estamos vivenciando nos últimos anos, que passa pela retomada de concepções voltadas para a criminalidade tradicional e pela mudança de contexto, com a participação da comunidade na gestão da segurança, dentre alguns pontos que foram levantados no presente trabalho, e ainda, pela estrutura do processo penal brasileiro, que nasce dentro de uma concepção autoritária de processo e se mostra voltado exclusivamente para uma visão individualista dos seus institutos jurídicos.

É preciso uma mudança de concepção do processo penal em nome de uma tutela mais efetiva dos bens jurídicos difusos e coletivos. Para que isso ocorra, para que o processo penal coletivo se estabeleça como uma forma de processo mais efetivo, dentre outras ações, é preciso priorizar uma atuação mais preventiva; acompanhar o desenvolvimento de novas tecnologias e incorporá-las ao processo; reestruturar o sistema de persecução penal visando a integração dos órgãos de persecução penal; levar em consideração a natureza dos bens jurídicos a serem tutelados, ou seja, a sua natureza de bens jurídicos difusos e coletivos; ampliar a participação

de instituições representativas na persecução penal nas infrações que versem sobre bens jurídicos difusos e coletivos; buscar soluções negociadas quando estivermos diante de demandas bem jurídicos difusos e coletivos.

Todos esses elementos representam o início de uma mudança no processo penal brasileiro, algo se que faz necessário em virtude do momento e da necessidade que esse ramo do conhecimento jurídico tem de estabelecer novas bases para o seu desenvolvimento. Há uma necessidade de revisarmos a doutrina processual penal e redimensioná-la para torná-la mais adequado às necessidades do direito penal e processual penal da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: a superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 1999.

DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Revista sequência. revista do curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* In. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELLELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HART, H. L. A. *Conceito de direito*. São paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JANEIRA, Ana Luísa. *Ruptura epistemológica, corte epistemológico e ciência*.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LOPES Jr. Aury *Fundamentos do processo penal. introdução crítica*. 5 ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

LUHMANN, Niklas. *El conepto de riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.

ROSA, Alexandre de Moraes da; KHALED JÚNIOR, Salah H. *Neopenalismo e constrangimentos democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Harmut. *Aceleração. A transformação das estruturas temporais na modernidade*. Trad. Rafael H. Silveira. São Paulo: Unesp, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

Submetido em 09.10.2022

Aceito em 17.10.2022